

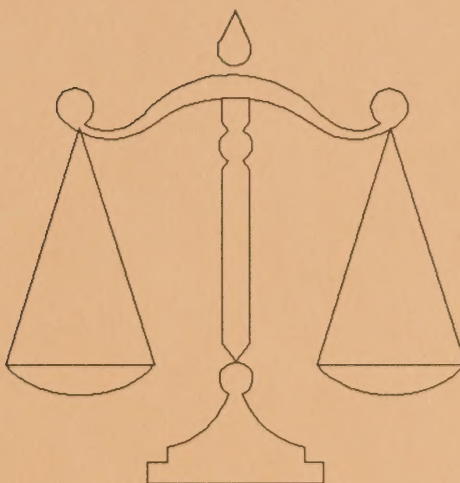


CA1  
J130  
-1993  
A51

3 1761 11764746 1

**AMENDMENTS TO THE *CRIMINAL CODE* AND  
THE *CANADA EVIDENCE ACT*  
WITH RESPECT TO PERSONS WITH DISABILITIES**

CONSULTATION PAPER





**AMENDMENTS TO THE *CRIMINAL CODE* AND  
THE *CANADA EVIDENCE ACT*  
WITH RESPECT TO PERSONS WITH DISABILITIES**

**CONSULTATION PAPER**

May 1993

Criminal and Social Policy Sector

Published by authority of the Minister of Justice  
and Attorney General of Canada  
Government of Canada

by

Communications and Consultation  
Department of Justice  
Ottawa, Ontario  
K1A 0H8

© Minister of Supply and Services Canada 1993  
Printed in Canada  
Cat. No. J2-122/1993  
ISBN: 0-662-59774-5

**This publication is available as a sound recording and in large print**





## TABLE OF CONTENTS

EXECUTIVE SUMMARY	v
INTRODUCTION	vii
BACKGROUND	ix
BILL C-78: GENERAL	1
BILL C-78: AMENDMENT TO SECTION 486(2.1) OF THE CRIMINAL CODE	1
NEW PROPOSALS	2
A. THE OATH AND THE PROMISE TO TELL THE TRUTH	3
B. COMMUNICATION ASSISTANCE FOR WITNESSES	5
C. HEARSAY	7
D. IDENTIFICATION OF THE ACCUSED	8
E. VIDEOTAPED EVIDENCE	9
F. ANAL INTERCOURSE	11
G. QUALIFICATION OF JURORS	12
H. REMANDS	14
I. SEXUAL EXPLOITATION	15
1. Substantive Issue	15
2. Sentencing Issue	16
J. SEXUAL ASSAULT	17
K. AGGRAVATED OFFENCE	19



Digitized by the Internet Archive  
in 2022 with funding from  
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761117647461>

## EXECUTIVE SUMMARY

### Nature of the Proposal

1. The Department of Justice has identified certain criminal law provisions that require review to determine whether persons with disabilities can fully access the criminal justice system or whether obstacles remain to their full participation. In particular, sections of the *Criminal Code* and the *Canada Evidence Act* have been identified as worthy of this examination.

### Highlights

2. Should existing provisions in the *Canada Evidence Act* concerning **the oath and the promise to tell the truth** be amended to remove perceived barriers to receiving testimony for some persons with disabilities?
3. Witnesses with disabilities may require **communication assistance**. Should consideration be given to developing provisions to allow witnesses to communicate using the medium in which they are most comfortable and to provide accommodation for a witness with a communication disability?
4. Should consideration be given to developing an **exception to the common law hearsay rule** to admit the hearsay evidence of a person with a disability when it constitutes both necessary and reliable evidence?
5. Should alternative methods for establishing the **identity of the accused** be examined and should these be as readily received as more conventional methods?
6. Should the use of **videotaped evidence** be made available to persons with disabilities in circumstances similar to those provided by section 715.1 of the *Criminal Code*?
7. Should section 159 of the *Criminal Code* concerning the provisions relating to **consent by mentally disabled persons**, in particular subsection 159(3)(b)(ii), be repealed?
8. Does the present process of **jury selection** inadvertently allow discrimination against a prospective juror on the grounds of his or her disability and if so, should any remedial measures be taken?
9. Should consideration be given either to a speedier process, or some restricting effect on **remands**, to bring certain cases involving a complainant with a disability to trial more rapidly?



10. Should existing *Criminal Code* provisions relating to the **sexual exploitation** be expanded to cover situations where persons with disabilities are abused by persons in a position of trust or authority, such as caregivers? Should sentencing provisions for this offence be amended?
11. Should consideration be given to developing a distinct offence relating to the **sexual assault** of a person with a disability?
12. Should there be a corresponding effect on sentencing when the **crime** was **motivated by** or perpetrated on a person because of his or her **disability**?



## INTRODUCTION

The Department of Justice is currently reviewing the *Criminal Code* and the *Canada Evidence Act* to improve access to the criminal justice system for persons with disabilities.

This paper incorporates comments received from internal consultations and from initial consultations held with the disability community. It is intended to provide information about suggested ways of improving such access, and to invite your opinions.

A preliminary review of the criminal law has identified eleven (11) separate issues that merit further examination.



## BACKGROUND

The federal government's initial commitment to legislative reform for persons with disabilities dates back to the 1982 Parliamentary Report entitled *Obstacles*, and successive government proposals (1985 - *Toward Equality* and Speeches from the Throne). In June 1990, the Standing Committee on Human Rights and the Status of Disabled Persons called on the federal government to review and, where necessary, amend legislation to ensure full participation for persons with disabilities.

In the May 1991 Speech from the Throne, the federal government announced a five-year strategy on disability. Through the National Strategy for the Integration of Persons With Disabilities, new cooperative efforts are possible in a government-wide initiative to permit Canadians with disabilities to take their rightful place in the mainstream of life.

Through the coordinating efforts of the Department of the Secretary of State, the Department of Justice and other federal departments and agencies are engaged in a review of federal legislation to identify and deal with existing legislative barriers to the full integration of persons with disabilities. The goals of the National Strategy are equal access, economic integration and effective participation. An important part of the initial driving force for this review was Independence '92, an international congress and exposition on disability, which was held in Vancouver from April 22 to 25, 1992.

Over the course of the last year, the Department of Justice has benefited from the input of the Canadian Disability Rights Council (CDRC). This group is a community-based umbrella organization with over 25 member community groups. Designed by persons with disabilities to advance their equality rights, its work focuses on the law and disability rights in general. The CDRC has a mandate to coordinate input from community groups across Canada representing people with disabilities to the review of federal legislation as part of the National Strategy. The CDRC produced a report outlining priorities for legislative reform in *Legislative Reform for People With Disabilities... Proposals for Change (Phase One, 1991)*. In the spring of 1992, the CDRC consulted its constituent members on the proposals, and received differing opinions. These results are summarized in the CDRC *Report of the Community Consultations on the Legislative Reform Project*, March 19, 1992.





## **BILL C-78: GENERAL**

The first step in the government's National Strategy was Bill C-78, *An Act to amend certain Acts with respect to persons with disabilities*.

The Bill was tabled in the House of Commons on May 5, 1992. This was the first time that Parliament was asked to consider legislation dealing exclusively with the concerns of persons with disabilities. Bill C-78 contained changes intended to improve the lives of persons with disabilities in a number of priority areas, such as better access to Canada's national transportation system, acquiring citizenship, access to government records and personal information through alternative formats, improved access to the electoral process for electors and candidates with disabilities, and testifying in criminal courts.

On June 4, 1992, community representatives appeared before the Standing Committee on Human Rights and Disabled Persons to discuss Bill C-78.

Second and Third Readings took place on June 8, 1992. The Bill was approved by the Senate and Royal Assent was granted on June 18, 1992. An order of the Governor in Council proclaimed the coming into force of key provisions of Bill C-78 on June 30, 1992.

### **BILL C-78: AMENDMENT TO SECTION 486(2.1) OF THE *CRIMINAL CODE***

The CDRC's *Proposals for Change* report relating to the criminal law was reviewed by the Department as part of its policy development work. The CDRC report had identified several provisions of the *Criminal Code* and the *Canada Evidence Act* to be amended, and after studying the issues, it was determined that a *Criminal Code* amendment could be brought forward in time to be included in Bill C-78.

The amendment is related to section 486(2.1) of the *Criminal Code*, which originally stated that in the case of certain sexual offences, when the complainant is under the age of 18 at the time of the trial or preliminary inquiry, the evidence of the complainant may be given behind a screen or outside the court room where the judge is of the opinion that this is necessary to obtain a full and candid account from the complainant.

Section 486(2.1) was part of Bill C-15, enacted on January 1, 1988 to deal with the problems of sexual abuse of children. It created new offences concerning abuse of children and facilitated the testimony of children in court.

Section 486(2.1), as it applies to children in particular, is intended to eliminate or reduce the trauma experienced by young victims when testifying in full view of the accused. The use of a screen or out-of-court testimony may in some circumstances facilitate the full and spontaneous account of the child's evidence by reducing the level of intimidation.

This rationale is equally applicable to disabled persons who are complainants in cases involving sexual offences and who may be so traumatized by the experience of testifying and facing the accused that their disability gravely affects their ability to testify.

The amendment to section 486(2.1) contained in Bill C-78 allows evidence to be given behind a screen or outside the court room by a person whose mental or physical disability, coupled with the trauma of testifying, renders his or her communication of evidence difficult.

The text of new section 486(2.1) is as follows:

*486(2.1) Notwithstanding section 650, where an accused is charged with an offence under section 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3), or section 170, 171, 172, 173, 271, 272 or 273 and the complainant, at the time of the trial or preliminary inquiry, is under the age of eighteen years or is able to communicate evidence but may have difficulty doing so by reason of a mental or physical disability, the presiding judge or justice, as the case may be, may order that the complainant testify outside the court room or behind a screen or other device that would allow the complainant not to see the accused, if the judge or justice is of the opinion that the exclusion is necessary to obtain a full and candid account of the acts complained of from the complainant.*

## **NEW PROPOSALS**

With the introduction of Bill C-78, the Minister of Justice agreed to review other sections of the *Criminal Code* and the *Canada Evidence Act* identified by the disability community as requiring attention.

The Department is also considering other means of bringing about positive change in access to the criminal justice system for persons with disabilities.

The following sections include those identified by the CDRC and those identified by the Department. Some of these provisions will be examined by the parliamentary committee studying Bill C-15. Given the link of the sexual abuse provisions of the *Criminal Code* to disabled persons, the review of Bill C-15 may be applicable to the Department's overall scrutiny of provisions relating to disabled persons.



## A. THE OATH AND THE PROMISE TO TELL THE TRUTH

Section 16 of the *Canada Evidence Act* reads as follows:

*16. (1) Where a proposed witness is a person under fourteen years of age or a person whose mental capacity is challenged, the court shall, before permitting the person to give evidence, conduct an inquiry to determine*

- (a) whether the person understands the nature of an oath or a solemn affirmation; and*
- (b) whether the person is able to communicate the evidence.*

*(2) A person referred in subsection (1) who understands the nature of an oath or a solemn affirmation and is able to communicate the evidence may testify under oath or solemn affirmation.*

*(3) A person referred to in subsection (1) who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is able to communicate the evidence may testify on promising to tell the truth.*

*(4) A person referred to in subsection (1) who neither understands the nature of the oath or a solemn affirmation nor is able to communicate the evidence shall not testify.*

*(5) A party who challenges the mental capacity of a proposed witness of fourteen years of age or more has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to testify under an oath or solemn affirmation.*

For the CDRC, the crucial test should be solely the ability to communicate evidence. The CDRC is calling for amendments to section 16 to allow a disabled person to give evidence notwithstanding any failure to take an oath, a solemn affirmation or a promise to tell the truth:

"The reference in section 16 of Bill C-15 to prospective witnesses having their capacity challenged on the basis of age (under 14 years of age) or mental capacity is discriminatory. It reverses the common law presumption and perpetuates the notion that children or people with a mental handicap are less capable than others to provide honest, accurate evidence. A reference to mental capacity as a possible barrier to testifying has the potential for placing the individual at significant disadvantage, as the Supreme Court of Canada referred to in *Swain*. In the recently decided *Swain* case, the Supreme Court of Canada recognized the historical disadvantage suffered by those labelled mentally disabled and rejected any legal practice that systematized the disadvantage." (*Proposals for Change*, p. 41)

The requirement that a judge inquire as to whether a person understands the nature of an oath as part of a two-step inquiry (when mental capacity is challenged) may be considered as an unnecessary barrier to certain witnesses.

It should be noted that section 16 presumes in favour of the capacity of the witness. As a result of amendments brought about by Bill C-15, any child, except one who cannot communicate the evidence, can testify as long as he or she can at least promise to tell the truth. Children who can communicate the evidence but are unable to articulate their understanding of the "duty to tell the truth" may testify under a "promise" to tell the truth. This makes the rule for competence to give evidence the same for children and adults. The credibility of a child's testimony would be determined by the trier of fact (the jury or, if none the judge), and not a matter of admissibility. While section 16 permits children to speak directly for themselves in court, it does result in excluding the testimony of a child who does not have the capacity to reply to a simply framed question. The basic rationale for section 16 is that children are capable of telling the truth and are as reliable as adults in this regard.

It would seem that the CDRC proposal to not require any promise to tell the truth steps outside the boundaries set by Bill C-15. There has been some investigation on whether we should do away with this proposal (duty to tell the truth) for young children: it is believed that some basic criteria is required to discourage abuse of process by victims. In addition, there could be a Charter challenge by the defence Bar should the duty to tell the truth be removed (i.e. right to a fair trial). In short, the position that no promise to tell the truth should be required is difficult to uphold, and may be impossible to pursue due to legal restraints. However it is important that this issue be raised. We look to the disability community to provide us with their comments of a legal nature as to how to bring forth such a proposition.

#### **The oath and the promise to tell the truth - Questions:**

- (1) *Can the requirement of promising to tell the truth be waived in the case of persons with certain types of disabilities?*
- (2) *Does the requirement that a witness have "sufficient intelligence" (once competency is challenged) constitute adequate protection for the rights of the accused?*
- (3) *Is it enough for a person to be entitled to provide evidence that he or she has the ability to communicate?*

## B. COMMUNICATION ASSISTANCE FOR WITNESSES

The CDRC recommends that access to interpreters or other support persons for disabled witnesses be improved:

"Consideration should be given to meeting the needs of people with disabilities for interpreters or other support persons in the justice system. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the right to an interpreter for all parties and witnesses to proceedings. Section 14 of the Charter states that an interpreter is constitutionally required when the party or witness does not understand or speak the language in which the proceedings are conducted or who is deaf. People who have communication needs as a result of other disabilities may be characterized as falling within this section if broadly defined; however, the specific reference to "deaf" may restrict access for people with disabilities other than deafness. How one provides access in all cases to an interpreter or support person where appropriate and in a manner that is defined by the person with the disability remains unresolved. In conducting an inquiry under section 16 of the *Canada Evidence Act*, a judge ought to feel compelled to access the appropriate services of interpreters in testing whether the prospective witness has the ability to communicate. It must be understood, however, that the court, not the person with the disability, must bear the cost for the interpreters." (*Proposals for Change*, p. 44)

The issue of communication assistance for witnesses has two important aspects: (1) Should witnesses be permitted to give evidence in any manner or by any method of communication chosen by the witness? (eg. sign language, Bliss board, real-time captioning); and (2) Should accommodation be made for any witness who has difficulty communicating because of a disability? (e.g. sign language or oral interpreters, facilitators, attendants or other support persons). In other words, should any requested means of assistance be available to allow persons with disabilities to give their evidence in court?

The CDRC endorses the courts providing the judge (and jury, if applicable) with information about the needs of the particular witness, accommodation required and details of communication methods. The Nova Scotia *Protocol for Investigation and Prosecution of Cases involving Persons with Special Communication Needs*, adopted by the Attorney General of that province on April 12, 1991 provides that:

"the Crown will take every reasonable step to ensure that the victim/witness is able to be understood by the presiding judge (jury) [including] where appropriate [...] call an expert witness to explain the special communication needs of the victim/witness." (at p. 6)



Tied into this issue is the general physical accessibility of court houses. This was pointed out by CDRC member groups during its consultations (CDRC, *Report of the Community Consultations on the Legislative Reform Project*, p. 4). For example, it might be feasible for at least one court room in each court house building to be equipped with an assistive listening device, such as a loop system, for persons who are hard of hearing.

Bill C-15 opened the possibility for children to communicate and testify; communication assistance would have the same effect for persons with disabilities, and may be seen as a less intrusive measure to improve access to the criminal courts.

Section 14 of the Charter contains a specific reference to persons who are deaf. This may be wrongly interpreted as restricting demands for access by persons with disabilities other than deafness. Should this be further codified and extended to persons with all manner of disabilities?

The rationale for improving access and communication assistance is not controversial; in practice, several jurisdictions have a policy of ensuring such access.

#### **Communication assistance for witnesses - Questions:**

- (1) *Do all jurisdictions have some substantial provision to ensure communication assistance is provided for witnesses (other than the accused)?*
- (2) *Is there a role that the federal government should play in this respect?*
- (3) *Should the requirement of access for persons with disabilities be codified and extended to persons with any type of disability? Would such a requirement be appropriate in the Charter, in the Canada Evidence Act, or should this be done in some other manner?*

## C. HEARSAY

The recent Supreme Court of Canada decision in *R. v. Khan* [(1990) 2 S.C.R. 531] resulted in a "new" exception to the common law hearsay rule: it allows that the strictures of the hearsay rule should be relaxed in the case of children's testimony and that the hearsay evidence of a child may be received where the general requirements of necessity and reliability are met. Madame Justice McLachlin underlined "the need for increased flexibility in the interpretation of the hearsay rule to permit the admission in evidence of statements made by children to others about sexual abuse." [Id, at page 543]. In addition, the Supreme Court has recently applied *Khan* in *Arthur Smith v. The Queen* (August 27, 1992).

The CDRC has called for the statutory extension of this exception to persons with disabilities:

"Consideration should be given to developing exceptions to the hearsay rule [...] The exceptions should be allowed in cases where there is no other means to get the evidence before the court. The nature of the exceptions would be to admit otherwise inadmissible out-of-court statements in cases where the victim is a child or where the report of the abuse to a third person is the only means available for bringing the evidence before the court. This is seen as a means of dealing with those situations in which victims are unable to call for help themselves or are vulnerable to retribution because they live in a place such as an institution.

The need to develop exceptions to the hearsay rule also reflects the reality that when most children and vulnerable adults are abused, the acts in question are done in secluded places such as bathrooms, bedrooms, deserted playgrounds, and empty classrooms, and there is little, if any, physical evidence of the crime. The rule could incorporate the type of reasoning contained in the Supreme Court decision in *Khan* and apply it to vulnerable adults. This would mean that the principles of necessity and reliability would apply to evidence that might otherwise be considered inadmissible. It may be that relying on the *Khan* precedent will provide a common law change and make a legislative remedy unnecessary. This approach has been adopted in several U.S. jurisdictions." (*Proposals for Change*, p. 43)

The disability groups that were approached by the CDRC during consultations expressed a concern that Crown attorneys may be patronizing and would unduly rely on an expanded hearsay rule instead of encouraging the disabled complainant to tell his or her own story in the court room (CDRC, *Report of the Community Consultations on the Legislative Reform Project*, p. 3). Some groups go on to suggest that "perhaps a best evidence rule under section 16 could be adopted with resort to the rules concerning hearsay evidence under section 17 as the last resort." (CDRC, *Report of the Community Consultations on the Legislative Reform Project*, p. 3)

On the other hand, there is also the possibility that the recent trend in the Supreme Court of Canada, as evident in *Khan* and *Smith*, will result in the expansion of the "new" exception to the hearsay rule to include persons with disabilities. In this light, it may be considered that no legislation is required to effect this change.

At any rate, whether an exception to the hearsay rule is legislated or left to the discretion of the courts, an important concern is that the judge, in determining the admissibility of the hearsay evidence, also determines the need to safeguard the interests of the accused, particularly in view of the possibility that he or she may be deprived of the right of cross-examination of the person who actually witnessed the events. Should there be an exception to the hearsay rule, any concerns of the accused regarding the credibility of the witness and the hearsay evidence, may have to be addressed by submissions to determine the weight accorded to the evidence, and the quality of any other corroborative evidence.

### **Hearsay - Question:**

- (1) *Should the out of court statements of persons with disabilities be considered admissible in certain cases? (i.e. can the Khan principle be extended to persons with disabilities?)*

## **D. IDENTIFICATION OF THE ACCUSED**

The CDRC requires recognition of alternative methods for the identification of the accused:

"Consideration should be given to changing legislation to deal with the difficulties associated with the identification of the accused by a victim with disabilities. Often a police officer or Crown prosecutor will make an initial decision that charges ought not to be laid because the person may have difficulty identifying an accused in the usual manner. Usually, the victim visually identifies the accused first in a line-up and then in the courtroom as part of the evidence. Correct identification of an accused by a victim is fundamental to our system of justice; however, this rule excludes people who are blind or who have low vision from participating in the criminal justice system.

The discretion given to the court in the recommended changes to the *Canada Evidence Act* regarding giving evidence and the use of videotaping may solve some of the issues associated with this problem. In addition, if the legislation authorizes the court to receive evidence of identification of the accused other than by the usual visual identification, such as "voice line-ups" for people who are blind, police and prosecutors will have to change their current identification procedures." (*Proposals for Change*, p. 44)



The CDRC calls for consideration to making voice line-ups admissible for people who are blind or who have low vision. The question is whether police and prosecutors should accept such alternative identification procedures to be as valid as more traditional means.

#### **Identification of the accused - Questions:**

- (1) *Do all jurisdictions have some substantial provision or policy explicitly recognizing the value of alternative methods of identification?*
- (2) *Should the value of alternative methods of identification be codified in the Criminal Code or should this be done in some other manner?*

#### **E. VIDEOTAPED EVIDENCE**

Section 715.1 of the *Criminal Code* provides as follows:

*715.1 In any proceeding relating to an offence under section 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3), or section 170, 171, 172, 173, 271, 272 or 273, in which the complainant was under the age of eighteen years at the time the offence is alleged to have been committed, a videotape made within a reasonable time after the alleged offence, in which the complainant describes the acts complained of, is admissible in evidence if the complainant, while testifying, adopts the contents of the videotape.*

The CDRC recommends that the use of videotaped evidence be made available to persons with disabilities:

"Wherever videotaping evidence might assist the witness, it should be permitted. Section 643.1 [*sic.* now s.715.1] was included to permit as evidence a videotaped statement as a means of preserving the testimony of a youth. The assumption that children under 18 years of age have limited understanding of the concept of time renders their evidence vulnerable to attack. Preserving their testimony on videotape close to the time of the incident improves the likelihood that the court will consider their testimony credible, reliable and useful. This opportunity ought to be available to all prospective witnesses who, for one reason or another, are vulnerable or inexperienced with the justice system." (*Proposals for Change*, p. 43)

It should be noted that there may be a need, when considering the admission of videotaped evidence, to also examine the use of medical expert evidence to describe to the judge and/or jury the difficulty that some persons with disabilities have with memory loss.

Section 715.1 as it exists for child witnesses, is among the most significant changes brought about by Bill C-15. In cases of alleged child sexual abuse, the use of videotaped evidence aids in recall and in helping the child describe the facts of the offence (which the child may not be able to do in a court room setting).

Section 715.1 has been constitutionally challenged and there are opposing courts of appeal decisions either upholding or striking down the constitutionality of section 715.1; hence the importance of the *Laramée* decision by the Supreme Court of Canada (*R. v. D.O.L.*, leave to appeal granted in February 1992; hearing not yet scheduled, expected to be rendered some time after Bill C-15 review). *R. v. Laramée* is a decision rendered June 18, 1991 by the Manitoba Court of Appeal [65 C.C.C.(3d) 465] in which it was determined that section 715.1 is of no force and effect because it constitutes an unreasonable violation of sections 7 and 11(d) of the Charter. According to the Court of Appeal of Manitoba, section 715.1 would constitute an unreasonable violation (proportionality test) of the Charter because it does not address the requirements of necessity and reliability which are needed when granting a new exception to the rule.

It may be possible to cover the weaknesses of section 715.1 by adding the tests of necessity and reliability as a judiciary discretion (i.e. the tests are to be applied by the judge or justice). It may also be considered feasible to counter Charter arguments by improving the reasonability of the section by either rationally connecting the section to its objective (a tool for recollection, not a device to avoid trauma); or limiting the section's application, so that it will not be too broad, but limited to persons who need it. For example, its use should be limited to persons whose disability affects recollection. It could be that with these improvements, the courts might consider the infringement on the rights of the accused to be less grave. Most important in this regard may be the test of reliability, as the main purpose of cross-examination is to test the credibility and reliability of witnesses.

The Bill C-15 review is expected to keep its findings on this provision under reserve pending the Supreme Court decision in *Laramée*; the same wait-and-see approach should apply to any consideration of extending this provision to persons with disabilities.

Philosophical barriers may exist, such as police officers, Crown attorneys, defense attorneys and judges who have expressed reservations about using videotaped evidence because of difficulties in interviewing, or fear that coaching will be used.

### **Videotaped evidence - Question:**

- (1) *Should the use of videotaped evidence be available to persons with disabilities that affect their ability to recall?*

## F. ANAL INTERCOURSE

Section 159 of the *Criminal Code* provides:

*159. (1) Every person who engages in an act of anal intercourse is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.*

*(2) Subsection (1) does not apply to any act engaged in, in private, between*

- (a) husband and wife, or*
- (b) any two persons, each of whom is eighteen years of age or more, both of whom consent to the act.*

*(3) For the purposes of subsection (2),*

- (a) an act shall be deemed not to have been engaged in private if it is engaged in a public place or if more than two persons take part or are present; and*
- (b) a person shall be deemed not to consent to an act*
  - (i) if the consent is extorted by force, threats or fear of bodily harm or is obtained by false and fraudulent misrepresentations respecting the nature and quality of the act, or*
  - (ii) if the court is satisfied beyond a reasonable doubt that the person could not have consented to the act by reason of mental disability.*

The CDRC position on this particular provisions is as follows:

"The reference in section 159(3)(b)(ii) of the *Criminal Code* should be repealed since it is unnecessary. The reference to mental disability in this section is repugnant. It is for the judge to determine whether the victim consented. The presence of a mental disability may be evidence itself in determining whether or not consent was given. Isolating the offence of anal intercourse without consent is unnecessary, and the offence ought to be subsumed under the other assault provisions in the *Criminal Code*." (*Proposals for Change*, p. 41)

The CDRC has suggested that this provision may be challenged under section 15 of the Charter as discriminatory on the basis of age, particularly in view of the fact that persons over the age of 14 can consent to other forms of sexual activity. By way of extension, it may also be challenged as discriminatory on the basis of mental disability.



This provision may be seen as containing a special protection which is not included in existing sexual provisions. This may be part of the Bill C-15 parliamentary review.

### **Anal intercourse - Questions:**

- (1) *Should section 159 be repealed altogether, and simply subsumed under the general assault provisions of the Criminal Code?*
- (2) *Should subsection 159(3)(b)(ii) be modified to remove the reference to mental disability and to replace it with the notion of consent?*

## **G. QUALIFICATION OF JURORS**

The issue of criminal trial juries could be described as a shared sphere of responsibility between the federal and provincial governments. Each province and territory has legislation (*Jury Acts*) that sets out the qualifications for inclusion in jury panels and how the panels will be constituted. Federally, the *Criminal Code* establishes rules to ensure that selection of jury members is fair.

Provinces also have authority to establish rules and procedures governing who may serve on a jury and determine this by bringing forward a representative pool of potential jurors (i.e. the jury panel). The federal jurisdiction over criminal procedure entitles the federal government to set down the rules governing the selection of jurors from the pool to ensure an impartial and independent jury. (See *R. v. Barrow* [1987] 2 S.C.R. 649; and *R. v. Sherratt* (1991) 63 C.C.C. (3d) 193).

At the heart of the jury process is the belief that juries represent the community at large. This suggests that all persons capable of fulfilling their responsibility as a juror should be considered as prospective jury members. Community groups representing disabled persons have indicated that persons with disabilities are systematically disqualified or excluded from serving on juries and that this prevents juries from being fully representative.

### *Provincial Law*

As noted above, all provinces and territories have legislation (usually titled the *Jury Act*) which establishes the criteria by which persons are included in or excluded from the jury pool.

Of particular interest is the fact that all jurisdictions contain a provision similar to section 3(1)(n) of the British Columbia *Jury Act* which states that: "*A person is disqualified from serving as a juror who is subject to a mental or physical infirmity incompatible with the discharge of the duties as a juror.*" Section 4 goes on to provide that an individual who is unable to speak, read or understand the language in which the trial is being conducted is disqualified from serving as a juror.

Yet, by virtue of section 4.1 of the British Columbia *Jury Act*, if a juror is able by the assistance of a device or a person to see or hear adequately to serve as a juror, section 4 does not apply. A similar exception is provided by section 5.1(1) recently added to the Alberta *Jury Act* following Bill 28 (*An Act to Amend the Jury Act, 1992*). This exception to the general rule is unique to British Columbia and Alberta. In all other jurisdictions there is simply the blanket exclusion of disabled persons from eligibility for jury service.

### *Criminal Code*

As part of its responsibility in this field, the federal government effectively poses a restriction on provincial legislation. Section 626(2) of the *Criminal Code* provides that the provincial process of jury selection cannot disqualify, exempt or excuse a person "*from serving as a juror in criminal proceedings on the grounds of his or her sex.*"

This subsection was enacted in 1972 to address the situation whereby several provincial *Jury Acts* contained prohibitions on women serving as jurors. There are no longer such exclusions in provincial or territorial laws. However, it is arguable that the rationale for extending *Criminal Code* protection to women would be equally applicable to disabled persons who are presently excluded by provincial legislation (with the exception of British Columbia and Alberta).

In May 1992, the Attorney General of Ontario called upon the Minister of Justice to examine the issue of jury selection and to include in the *Criminal Code* a statement of principle that "no one be excluded from juries on the basis of race, religion, or political belief." He also called upon the Minister to extend the statement of principle to prohibit discrimination on all grounds covered in the *Ontario Human Rights Code*. This would include prohibiting the disqualification of jurors on the basis of disability. The logical location for such a statement of principle would be section 626(2).

Another *Criminal Code* provision merits review in this context. Section 638 specifies the basis upon which prospective jurors could be challenged for cause, and thereby excluded. Section 638(1)(e) provides that where "*a juror is physically unable to perform properly the duties of a juror*" that individual may be challenged for cause. The fact that a person could be eliminated from selection to serve on the jury on this basis places another limitation on access to the jury process for disabled persons. It is not being suggested that a person who is unable to perform the duties required of a juror should be qualified for jury service; however, the open-ended wording of section 638(1)(e) may be construed as implying that physical disability, in and of itself, and without further enquiry, is sufficient to disqualify a person.

Finally, consideration should be given to the potential impact of interpreters or other support persons who become privy to jury deliberations without themselves being jurors. This situation could occur under existing legislation in British Columbia and Alberta. It is also possible that other provincial jurisdictions will follow the lead of these two provinces and enable disabled persons to serve as jurors with the assistance of a sign language or oral interpreter, or other

support person. Section 649 of the *Criminal Code* makes it an offence, with some exceptions, for a juror to disclose "*any information relating to the proceedings of the jury when it was absent from the courtroom that was not subsequently disclosed in open court.*" No similar provision exists for someone who is privy to the discussions of the jury by reason of assisting a member of the jury.

### **Qualification of Jurors - Questions:**

- (1) *Should section 626(2) of the Criminal Code be amended to add a statement of principle prohibiting the disqualification of jurors on the basis of a disability similar to the existing one concerning gender discrimination?*
- (2) *Should section 638(1)(e) of the Criminal Code be reviewed to qualify the limitation for disabled persons? Would it be appropriate for the provision to ensure that where assistance deems the disabled person capable of serving as a juror, the physical disability is no longer a challengeable factor?*
- (3) *Should provincial Jury Acts be amended to ensure that disabled persons are not excluded from jury panels? Would the B.C. model be appropriate?*
- (4) *Should section 649 of the Criminal Code be amended to make it an offence for a person, who is privy to jury deliberations by reason of assisting a member of the jury, to disclose any information regarding those deliberations?*

### **H. REMANDS**

There has been some concern voiced by the disability community for a speedier judicial process, particularly in those cases where the complainant or a witness has a disability that affects his or her capacity for recall or where the delay may contribute to excessive stress. It is felt that those cases should be brought to trial more rapidly.

### **Remands - Question:**

- (1) *Should consideration be given to a speedier process or some restricting effect on remands to bring some cases involving a complainant with a disability to trial more rapidly? If so, by what means?*



## I. SEXUAL EXPLOITATION

### 1. Substantive Issue

Section 153(1) and (2) of the *Criminal Code* make it an offence for a person in a position of trust or authority to sexually exploit a "young person" (between 14 and 18 years of age).

Section 153 reads as follows:

*153. (1) Every person who is in a position of trust or authority towards a young person or is a person with whom the young person is in a relationship of dependency and who*

- (a) for a sexual purpose, touches, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, any part of the body of the young person, or*
- (b) for a sexual purpose, invites, counsels or incites a young person to touch, directly or indirectly, with a part of the body or with an object, the body of any person, including the body of the person who so invites, counsels or incites and the body of the young person, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.*

*(2) In this section, "young person" means a person fourteen years of age or more but under the age of eighteen years.*

The CDRC is of the opinion that current provisions dealing with abuse of young persons by those in a position of trust should also protect persons with disabilities:

"Given the pervasiveness of sexual assault of people with disabilities by those in positions of trust and authority, the existing provision in section 153 of the *Criminal Code* for sexual exploitation should be amended to apply to dependent adults. This provision should not be interpreted to preclude dependent adults from freely giving consent to sexual activity. It is designed to address the abuse of trust relationships that occurs between people with disabilities and their caregivers and others." (*Proposals for Change*, p. 44)

of concern in drafting any new provision is the potential for interpretations that would have the effect of precluding "dependent adults" from freely giving consent to sexual activity. It is important that persons who are institutionalized or who are dependent on caregivers be permitted to freely consent to sexual activities with those persons on whom they are dependent. One way

of avoiding this problem may be to specify in the wording that the offence is committed only when there is no consent on the part of the disabled complainant.

Some member groups of the disability community have further suggested the extension of the protection of section 153 to persons with disabilities who are subjected to physical or mental abuse by their caregiver or other persons having authority over them, or on whom they are dependent. (CDRC, *Report of the Community Consultations on the Legislative Reform Project*, p.4)

## 2. Sentencing Issue

Section 153(1) of the *Criminal Code* (see text previous page) provides that the sexual exploitation of a young person is an indictable offence punishable for a term not exceeding five years or is an offence punishable on summary conviction.

The CDRC is asking:

"That section 153(1) be amended as follows:

s.153(1) Every person [... *sic.* who commits the offence of sexual exploitation] is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for **life**." (*Proposals for Change*, p.48)

The CDRC recommends that sexual exploitation be an indictable offence punishable by imprisonment for life. However, other groups representing the interests of persons with disabilities consider that the sanction sought by the CDRC is too severe considering, for example, that sexual assault with a weapon is punishable by 14 years. (CDRC, *Report of the Community Consultations on the Legislative Reform Project*, p. 4)

Since in the case of young persons, this offence is punishable by a five-year maximum in spite of the Badgley report's 10-year recommendation, it may seem unlikely that a life term can be considered, particularly when this offence is aimed at sexual touching. Note also that sexual assault is punishable by 10 years in accordance with section 271 of the *Criminal Code*.

### Sexual exploitation - Questions:

- (1) *Should the protection for children of section 153 against sexual exploitation by a person in a position of trust or authority be extended to persons with a disability that renders them dependent and vulnerable? In other words, should it be a specific offence for a person in a position of trust or authority (such as a caregiver) to sexually exploit a disabled person who is dependent on him or her?*
- (2) *Should such protection also cover physical or mental abuse by a caregiver or like person?*

- (3) *Should the five-year sentence applicable for the sexual exploitation of a young person be increased with respect to a similar offence committed against a dependent adult? If so, what would constitute an appropriate sentence?*

## J. SEXUAL ASSAULT

*An Act to amend the Criminal Code* in relation to sexual offences and other offences against the person came into force on January 4, 1983. It brought about significant changes to both the substantive and evidentiary laws concerning sexual offences. The crimes of rape, attempted rape, sexual intercourse with the feeble-minded and indecent assault were repealed and replaced with a three-tiered system: Level I - sexual assault; Level II - sexual assault with a weapon, threats to a third party, or causing bodily harm; and Level III - aggravated sexual assault.

A key component of these changes was to make the laws gender neutral so that perpetrators and victims of sexual assault crimes could be men or women. This new law changed many of the rules of evidence which apply to sexual offences. As a result of the August 22, 1991 Supreme Court decision in *R. v. Seaboyer*; *R. v. Gayme*, striking down some of the evidentiary components in sexual assault cases, Bill C-49, further clarifying the rules pertaining to the issues of consent and admissibility of evidence, was introduced and received Royal Assent on June 23, 1992.

Note that section 2 of the *Criminal Code* still contains the definition of a "feeble-minded person." Now that the offence of sexual intercourse with a female person who is feeble-minded has been repealed, it would seem that this provision has lost its relevancy and should be repealed as well. In addition, the term may have a repugnant connotation for of the disability community.

Five years later, new laws concerning the sexual abuse of children came into force (Bill C-15, January 1, 1988), including sexual interference, invitation to sexual touching, and sexual exploitation. Undoubtedly, Bill C-15 has had a major impact on the criminal justice system. As noted earlier in this paper, Bill C-15 will be the subject of a parliamentary review, late in 1992.

### *The three tiers*

As noted above, the 1983 law created three tiers of sexual assault offences:

1. *Level I: sexual assault (section 271 - charged as an indictable or summary conviction offence, it has a maximum punishment of 10 years imprisonment when charged as an indictable offence);*



2. *Level II: sexual assault with a weapon, threats to a third party, or causing bodily harm (section 272 - an indictable offence with a maximum punishment of 14 years imprisonment);*
3. *Level III: aggravated sexual assault (section 273 - with a possible sentence of life imprisonment).*

Assault (section 265) is a so-called hybrid offence punishable either by indictment or summarily. As an indictable offence, it carries a maximum penalty of five years imprisonment.

Over the last decade, the courts have been assisting in clarifying the elements that are required for each type of charge. An entire body of case law has set these standards.

Many of the issues raised in this paper are concerned with various types of "assault" on persons with disabilities. The question therefore arises as to whether consideration should be given to adding a new tier to the sexual assault provisions of the *Criminal Code* which would set out the criminal law parameters for activities involving sexual assault on a person with a disability. Many of the concepts previously noted in this paper could be grouped together as a comprehensive package (i.e. sexual exploitation, anal intercourse, evidentiary rules) which would define/outline prohibited conduct, sentencing provisions and rules of evidence and related principles.

#### **Sexual Assault - Questions:**

- (1) *Should consideration be given to developing a distinct offence and related provisions dealing with sexual assault on a person with a disability?*
- (2) *Should the definition of a "feeble-minded person" contained in section 2 of the Criminal Code be repealed?*

## K. AGGRAVATED OFFENCE

In many instances, an offence is committed against a person simply because he or she may be more vulnerable as a result of a mental or physical disability. When such an assault takes place, should it be considered as an aggravating factor for the court to review at the level of sentencing or for the Crown prosecutor to study in the initial stages of the criminal justice process, when more serious charges could be laid? For example, should consideration be given to a supplementary penalty of six months or a year in circumstances when an offence is committed against a person because of his or her disability?

### **Aggravated offence - Question:**

- (1) *When a crime is perpetrated on a person because of his or her disability, should there be a corresponding effect on sentencing?*













## K. LES INFRACTIONS AVEC CIRCONSTANCES AGGRAVANTES

Dans bien des cas, une infraction est commise contre une personne simplement parce qu'elle est dans une situation plus vulnérable à cause d'un handicap mental ou physique. Ne devrait-on pas considérer dans ce cas qu'il s'agit d'une circonstance aggravante dont il faudrait tenir compte à l'étape de la détermination de la peine, ou sur laquelle pourrait se pencher le procureur de la Couronne aux étapes initiales du processus de justice pénale afin de décider s'il devrait ou non porter des accusations plus graves? Par exemple, devrait-on envisager une peine supplémentaire (six mois ou un an de plus?) lorsque l'infraction est commise contre une personne à cause de son handicap?

### Les infractions avec circonstances aggravantes : Question

- (1) Si une infraction est commise à l'égard d'une personne à cause de son handicap, cela devrait-il avoir des conséquences sur la détermination de la peine?

2. **Palier II :** agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles (article 272 - acte criminel passible de 14 années d'emprisonnement);

3. **Palier III :** agression sexuelle grave (article 273 - acte criminel passible de l'emprisonnement à perpétuité).

À titre de comparaison, l'infraction concernant les voies de fait (article 265) est une infraction dite hybride (c'est-à-dire soit un acte criminel, soit une infraction punissable par procédure sommaire) qui est passible, s'il s'agit d'un acte criminel, d'une peine maximum de cinq années d'emprisonnement.

Au cours de la dernière décennie, les tribunaux ont contribué à éclaircir les éléments requis pour porter des accusations dans chaque catégorie. De fait, il existe maintenant toute une jurisprudence établissant des normes.

Bon nombre des questions soulevées dans ce document concernent les diverses formes de «voies de fait» infligées aux personnes handicapées. La question qui se pose est donc de savoir s'il faudrait envisager d'ajouter un nouveau palier aux dispositions du *Code criminel* réprimant l'agression sexuelle, de façon à définir globalement tous les paramètres de droit pénal s'appliquant aux activités relatives à une agression sexuelle auprès d'une personne handicapée. Bon nombre des concepts analysés ailleurs dans ce document pourraient être regroupés dans une disposition législative exhaustive (c.-à-d. concernant l'exploitation sexuelle, les relations sexuelles anales et les règles de preuve) comprenant la définition des conduites prohibées, les dispositions de détermination de la peine, les règles de preuve et les principes correspondants.

### L'agression sexuelle : Questions

- (1) *Devrait-on envisager de définir une infraction distincte, avec des dispositions spécifiques, au sujet de l'agression sexuelle auprès d'une personne handicapée?*

- (2) *Devrait-on abroger la définition d'une «personne d'esprit faible» figurant à l'article 2 du Code criminel?*

Une *Loi modifiant le Code criminel* est entrée en vigueur le 4 janvier 1983 au sujet des infractions sexuelles et d'autres formes d'infractions contre la personne. En vertu de cette loi, des modifications importantes ont été apportées à la fois aux dispositions pénales et aux règles sur la preuve concernant les infractions sexuelles. Ainsi, le législateur a abrogé les dispositions concernant le viol, la tentative de viol, les relations sexuelles avec une personne faible d'esprit, et les actes d'indécence en les remplaçant par un système à trois paliers : Palier I - l'agression sexuelle; Palier II - l'agression sexuelle armée, les menaces à une tierce personne ou l'infliction de lésions corporelles; Palier III - l'agression sexuelle grave.

L'une des caractéristiques fondamentales de ces modifications était qu'elles rendaient les dispositions pénales neutres sur le plan sexuel, ce qui veut dire que l'on considérerait que les crimes à caractère sexuel pourraient avoir été commis aussi bien par des hommes que par des femmes, et les victimes, être aussi bien des hommes que des femmes. En outre, cette nouvelle loi modifierait bon nombre des règles de preuve s'appliquant aux infractions à caractère sexuel. Suite à aux décisions de la Cour suprême dans *R. c. Seaboyer*, *R. c. Gayme*, du 22 août 1991, invalidant certaines des dispositions relatives à la preuve dans les affaires d'agression sexuelle, le projet de loi C-49 apportant des précisions sur les règles concernant le consentement et l'admissibilité de la preuve a été déposé au Parlement et a reçu la sanction royale le 23 juin 1992.

Précisons qu'il y a toujours à l'article 2 du *Code criminel* une définition de la «personne d'esprit faible». Etant donné que les dispositions pénales concernant le fait d'avoir des relations sexuelles avec une personne de sexe féminin d'esprit faible ont été abrogées, cette définition ne semble plus être nécessaire et devrait donc être abrogée. De surcroît, il se peut que cette expression ait une certaine connotation regrettable aux yeux des personnes handicapées.

Il vaut la peine de rappeler que, cinq ans plus tard, de nouvelles dispositions sont entrées en vigueur au sujet des sévices sexuels infligés aux enfants (projet de loi C-15, 1<sup>er</sup> janvier 1988). Ces dispositions définissaient les nouvelles infractions suivantes attouchements sexuels, invitation à des attouchements sexuels, exploitation sexuelle. Il est incontestable que le projet de loi C-15 a eu une incidence profonde sur le système de justice pénale. Comme nous l'indiquons ci-dessus, ce projet de loi fera l'objet d'une révision parlementaire à la fin de 1992.

### *Les trois paliers*

Comme nous venons de l'indiquer, la loi de 1983 créait trois paliers successifs d'infractions à caractère sexuel :

1.

Palier I : agression sexuelle (article 271 - acte criminel ou infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, la peine maximum dans le cas de l'acte criminel étant de 10 années d'emprisonnement);



Le CCDPH réclame que :

«Le paragraphe 153 (1) soit modifié comme suit :

153 (1) Est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement à vie toute personne [...] qui commet une infraction d'exploitation sexuelle]». *(Propositions de modifications, page 52)*

Le CCDPH recommande ainsi que l'exploitation sexuelle devienne un acte criminel passible de l'emprisonnement à vie. Toutefois, d'autres groupes représentant les personnes handicapées considèrent que la sanction réclamée par le CCDPH est trop sévère étant donné, par exemple, que l'agression sexuelle commise avec une arme est passible de 14 ans d'emprisonnement (CCDPH, *Rapport des consultations communautaires sur le projet de réforme législative*, page 4).

Comme cette infraction est passible d'une peine maximum de cinq ans lorsque la victime est une personne adolescente et ce, malgré la recommandation de dix ans figurant dans le rapport Badgley, il semble peu probable que l'on puisse envisager une peine d'emprisonnement à vie, surtout si l'on considère qu'il s'agit ici d'attouchements sexuels. Précisons enfin que l'agression sexuelle est passible d'une peine d'emprisonnement de dix ans en vertu de l'article 271 du *Code criminel*.

## L'exploitation sexuelle : Questions

- (1) Les dispositions de l'article 153 visant à protéger les enfants contre l'exploitation sexuelle par une personne en position de confiance ou d'autorité devaient-elles s'appliquer aussi aux personnes souffrant d'un handicap les plaçant en situation de dépendance et de vulnérabilité? Autrement dit, devrait-on criminaliser spécifiquement le fait qu'une personne en position de confiance ou d'autorité (par exemple, un prestataire de soins) exploite sexuellement une personne handicapée qui est en situation de dépendance à son égard?
- (2) Cela devrait-il aussi s'appliquer à l'exploitation physique ou mentale commise par un prestataire de soins ou par une personne exerçant une fonction semblable?
- (3) La peine de cinq ans s'appliquant à l'exploitation sexuelle d'une personne adolescente devrait-elle être alourdie dans le cas où l'infraction est commise sur une personne adulte en situation de dépendance? Dans l'affirmative, quelle devrait être la peine?

En vertu du paragraphe 153 (1) du *Code criminel* (voir le texte ci-dessus), l'exploitation sexuelle d'une personne adolescente constitue un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans, ou une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

## 2. La détermination de la peine

Certaines organisations de personnes handicapées ont par ailleurs recommandé que les dispositions de l'article 153 soient étendues pour protéger les personnes handicapées qui font l'objet de services sexuels ou mentaux de la part de leurs prestataires de soins ou de toute autre personne ayant un pouvoir à leur égard ou à l'égard de laquelle elles sont en situation de dépendance (CCDPH, *Rapport des consultations communautaires sur le projet de réforme législative*, page 4).

Le problème que pourrait poser une nouvelle disposition à ce sujet est qu'elle risquerait de prêter à une interprétation ayant pour effet d'empêcher des «adultes en situation de dépendance» de donner librement leur consentement à des activités sexuelles, s'ils le désirent. Il est important de veiller à ce que les personnes résidant dans un établissement de soins ou dépendant de prestataires de soins puissent consentir librement à des activités sexuelles avec les personnes à l'égard desquelles elles sont dépendantes. L'une des solutions à ce problème pourrait être de préciser dans le texte de toute nouvelle disposition qu'il n'y aurait infraction que dans le cas où la personne handicapée ayant déposé la plainte n'aurait pas donné son consentement.

«Vu le très grand nombre de cas d'agressions sexuelles de personnes handicapées par celles qui sont en situation de confiance et d'autorité, la disposition actuelle qui figure à l'article 153 du *Code criminel* en ce qui concerne l'exploitation sexuelle devrait être modifiée et s'appliquer aux adultes en situation de dépendance. Cette disposition ne devrait pas être interprétée comme supprimant, pour des adultes en situation de dépendance, la nécessité de donner leur libre consentement à des activités sexuelles. Elle vise à éviter les cas d'abus de confiance lorsque des personnes handicapées se trouvent en situation de dépendance vis-à-vis de celles qui s'en occupent et d'autres». (*Propositions de modifications*, page 49)

Selon le CCDPH, il faudrait faire bénéficier les personnes handicapées des dispositions actuelles réprimant les services infligés à des adolescents par des personnes jouissant de leur confiance :

(2) Pour l'application du présent article, «adolescent» s'entend d'une personne âgée de quatorze ans au moins mais de moins de dix-huit ans.

b) à des fins d'ordre sexuel, invite, engage ou incite un adolescent à la toucher, à se toucher ou à toucher un tiers, directement ou indirectement, avec une partie du corps ou avec un objet.

- (4) Devrait-on modifier l'article 649 du Code criminel de façon à indiquer que toute personne ayant pris connaissance des délibérations du jury parce qu'elle aide un membre du jury et ayant divulgué toute information au sujet de ces délibérations aura commis une infraction?

## H. LES RENVOIS

Plusieurs organisations de personnes handicapées ont réclamé l'accélération du processus judiciaire, notamment dans les cas où le plaignant ou un témoin souffre d'un handicap risquant de limiter sa capacité de mémorisation. À leur avis, ces affaires devraient passer plus rapidement en jugement. Cette demande s'appuie sur un deuxième facteur, à savoir l'excès de stress que peut provoquer une longue attente chez certaines personnes handicapées.

### Les renvois : Question

- (1) Devrait-on envisager d'accélérer le processus judiciaire ou de limiter le droit de renvoyer les procès, de façon à faire passer plus rapidement en jugement les affaires concernant un plaignant handicapé? Dans l'affirmative, comment?

## I. L'EXPLOITATION SEXUELLE

### I. La question de fond

En vertu des paragraphes 153(1) et (2) du *Code criminel*, est coupable d'un acte criminel toute personne en situation d'autorité ou de confiance qui exploite sexuellement un « adolescent », c'est-à-dire une personne âgée d'au moins 14 ans mais de moins de 18 ans.

Voici le texte de l'article 153 :

153. (1) Est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement d'un an, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, toute personne qui est en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis d'un adolescent ou à l'égard de laquelle l'adolescent est en situation de dépendance et qui, selon le cas :

- a) à des fins d'ordre sexuel, touche, directement ou indirectement, avec une partie de son corps ou avec un objet, une partie du corps de l'adolescent;



d'interdire aux personnes handicapées de faire partie des jurys. Logiquement, une telle déclaration de principe devrait être intégrée au paragraphe 626(2).

Une autre disposition du *Code criminel* mérite d'être examinée dans ce contexte. Il s'agit de l'article 638, qui précise les raisons pour lesquelles des candidats jurés peuvent faire l'objet d'une récusation motivée (et donc être exclus). Selon l'alinéa 638(1)e), il peut y avoir récusation motivée si « un juré est physiquement incapable de remplir d'une manière convenable les fonctions de juré ». Le fait qu'une personne puisse être récusée pour cette raison constitue une autre entrave à l'accès des personnes handicapées aux fonctions de juré. Certes, personne n'a jamais demandé qu'un individu incapable d'exécuter les fonctions de juré soit admis à faire partie d'un jury, mais les termes très généraux de l'alinéa 638(1)e) pourraient être interprétés de manière à considérer que tout handicap physique est en soi suffisant, sans autre considération, pour disqualifier une personne.

Finalement, il conviendrait peut-être d'examiner l'incidence éventuelle de la présence d'interprètes ou d'autres accompagnateurs qui auraient connaissance des délibérations du jury alors qu'ils ne seraient pas eux-mêmes des jurés. Il est clair que cela pourrait fort bien se produire en Colombie-Britannique et en Alberta, du fait de leur législation actuelle. Il se peut en outre que d'autres juridictions provinciales emboîtent le pas à ces deux provinces pour permettre aux personnes handicapées d'exercer des fonctions de jurés avec l'aide d'un interprète gestuel ou oral, ou avec l'aide d'un accompagnateur. Selon l'article 649 du *Code criminel*, et sous réserve de certaines exceptions, « est coupable d'une infraction ... tout membre d'un jury qui ... divulgue tout renseignement relatif aux délibérations du jury, alors que celui-ci ne se trouvait pas dans la salle d'audience, qui n'a pas été par la suite divulgué en plein tribunal ». Il n'existe pas de disposition semblable dans le cas d'une personne qui prend connaissance des débats du jury parce qu'elle aide l'un de ses membres.

## L'aptitude des jurés : Questions

(1) Devrait-on modifier le paragraphe 626(2) du *Code criminel* pour y ajouter une déclaration de principe semblable à celle qui existe actuellement pour interdire la discrimination de nature sexuelle, dans le but d'interdire la disqualification de personnes handicapées comme jurés éventuels?

(2) Devrait-on revoir l'alinéa 638(1)e) du *Code criminel* pour en interdire l'application aux personnes handicapées? Serait-il légitime de dire que le handicap physique ne peut plus être un motif de récusation lorsque la personne handicapée bénéficie d'une assistance qui la rend capable d'exercer les fonctions de juré?

(3) Les lois sur les jurys adoptées par les provinces devraient-elles être modifiées pour que les personnes handicapées ne puissent plus être exclues des tableaux de jurés? Devrait-on revenir le modèle de la Colombie-Britannique?

Comme nous venons de l'indiquer, il existe dans toutes les provinces et dans tous les territoires des textes de loi (généralement intitulés *Loi sur les jurys*) établissant les critères en fonction desquels des personnes peuvent être intégrées au groupe de candidats jurés ou en être exclues.

Or, on trouve dans toutes ces lois des dispositions semblables à l'alinéa 3(1)(n) du *Jury Act* de la Colombie-Britannique qui dispose que : «*Toute personne sujette à une infirmité mentale ou physique incompatible avec l'exercice des fonctions de juré ne peut être admise à faire partie d'un jury*». L'article 4 de cette loi précise par ailleurs que toute personne incapable de parler, de lire ou de comprendre la langue dans laquelle se déroule le procès ne peut être admise à exercer les fonctions de juré.

Pourtant, en vertu du paragraphe 4.1 du *Jury Act* de la Colombie-Britannique, les dispositions de l'article 4 ne s'appliquent pas si le juré est apte à exercer ses fonctions en obtenant l'assistance d'un appareil ou d'une personne lui permettant de voir ou d'entendre de manière adéquate. Une exception semblable a récemment été ajoutée au *Jury Act* de l'Alberta [alinéa 5.1(1)] par le truchement du projet de loi 28 (*An Act to Amend the Jury Act*, 1992). Cette exception à la règle existe seulement en Colombie-Britannique et en Alberta. Dans toutes les autres juridictions, les personnes handicapées sont purement et simplement exclues du processus de sélection des jurés.

### *Le Code criminel*

Conformément à ses responsabilités dans ce domaine, le gouvernement fédéral impose des restrictions aux dispositions des lois provinciales. En effet, le paragraphe 626(2) du *Code criminel* dispose que «*l'appartenance à l'un ou l'autre sexe ne constitue ni une cause d'incapacité d'exercice, ni une cause de dispense, des fonctions de juré dans des procédures criminelles*».

Ce paragraphe a été adopté en 1972 pour résoudre le problème posé par le fait que plusieurs lois provinciales sur les jurys comportaient des dispositions interdisant aux femmes d'être jurés. À l'heure actuelle, il n'existe plus d'exclusions de cette nature dans les lois des provinces ou des territoires. Cela dit, il est permis de penser que les raisons pour lesquelles le législateur fédéral a voulu protéger le droit des femmes à faire partie des jurys, par le truchement du *Code criminel*, sont tout aussi valables pour les personnes handicapées qui sont actuellement exclues du processus en vertu des lois provinciales (sauf en Colombie-Britannique et en Alberta).

En mai 1992, le procureur général de l'Ontario invitait le ministre de la Justice à examiner le problème de la composition des jurys et à intégrer au *Code criminel* une déclaration de principe selon laquelle «aucune personne ne peut être exclue d'un jury à cause de sa race, de sa religion ou de ses opinions politiques». Il demandait par ailleurs au Ministre d'étendre la portée de cette déclaration de principe de façon à interdire toute discrimination fondée sur les motifs énoncés dans le *Code des droits de la personne de l'Ontario*. Si tel était le cas, il ne serait plus possible



Le CCDPH estime que cette disposition pourrait être contestée en vertu de l'article 15 de la Charte en disant qu'elle a un effet discriminatoire fondé sur l'âge, notamment parce que les personnes de plus de 14 ans peuvent consentir à d'autres types d'activités sexuelles. Par inférence, elle pourrait aussi être contestée en disant qu'elle a un effet discriminatoire fondé sur le handicap mental.

On pourrait interpréter cette disposition en disant qu'elle accorde une protection spéciale qui n'est pas prévue par les dispositions actuelles relatives aux actes sexuels. Il se peut qu'elle soit analysée dans le cadre de la révision parlementaire du projet de loi C-15.

## Les relations sexuelles anales : Questions

(1) L'article 159 devrait-il être tout simplement abrogé, ou devrait-on considérer que ses dispositions sont déjà englobées dans les dispositions générales du Code criminel en matière de voies de fait?

(2) Le sous-alinéa 159(3)(b)(ii) devrait-il être modifié de manière à en éliminer toute référence à l'incapacité mentale et à la remplacer par la notion de consentement?

## G. L'APTITUDE DES JURÉS

On peut considérer que les jurys des cours pénales constituent une question relevant des responsabilités partagées des gouvernements fédéral et provinciaux. Il existe dans chaque province et territoire une loi établissant les conditions et méthodes de composition des tableaux de jurés. À l'échelle fédérale, on trouve dans le *Code criminel* les dispositions garantissant l'équité du processus de sélection des jurés à partir des tableaux.

Autrement dit, en vertu des pouvoirs provinciaux en matière d'administration de la justice, les provinces ont le pouvoir de fixer les règles et procédures permettant de déterminer qui peut être choisi comme juré, ce qu'elles font en proposant un groupe représentatif de jurés potentiels (le tableau des jurés). Pour leur part, les pouvoirs fédéraux en matière de procédure pénale donnent au gouvernement fédéral la responsabilité d'établir les règles régissant la sélection des jurés à partir du groupe, pour garantir un jury impartial et indépendant. (Voir R. c. Barrow [1987] 2 R.C.S. 649; et R. c. Sheppard (1991) 63 C.C.C. (3d) 193).

Le principe fondamental du processus de composition des jurys est que ceux-ci doivent être représentatifs de la société. Il s'ensuit que toute personne capable d'exercer les fonctions de juré doit être prise en considération comme membre éventuel d'un jury. Selon les organisations représentant les personnes handicapées, celles-ci sont systématiquement disqualifiées ou exclues du processus de composition des jurys, ce qui signifie que ces derniers ne sont pas pleinement représentatifs.



## F. LES RELATIONS SEXUELLES ANALES

L'article 159 du Code criminel dispose que :

159. (1) *Quiconque a des relations sexuelles anales avec une autre personne est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable par procédure sommaire.*

(2) *Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux actes commis, avec leur consentement respectif, dans l'intimité par*

- a) *les époux, ou*
- b) *par deux personnes âgées d'au moins 18 ans.*

(3) *Les règles suivantes s'appliquent au paragraphe (2) :*

- a) *un acte est réputé ne pas avoir été commis dans l'intimité s'il est commis dans un endroit public ou si plus de deux personnes y prennent part ou y assistent;*
- b) *une personne est réputée ne pas consentir à commettre un acte dans les cas suivants :*

- (i) *le consentement est extorqué par la force, la menace ou la crainte de lésions corporelles, ou est obtenu au moyen de déclarations fausses ou trompeuses quant à la nature ou à la qualité de l'acte,*
- (ii) *le tribunal est convaincu hors de tout doute raisonnable qu'il ne pouvait y avoir consentement de la part de cette personne du fait de son incapacité mentale.*

La position du CCDPH au sujet de cet article est la suivante :

«L'alinéa 159(3)(b)(ii) du *Code criminel* devrait être abrogé parce qu'il est inutile. La référence faite dans cet article à l'incapacité mentale est inadmissible. Il appartient en fait au juge de déterminer si la victime était consentante. La présence d'une incapacité mentale pourrait constituer en soi une preuve permettant de déterminer s'il y avait ou non consentement. Il est inutile d'isoler l'infraction constituée par des relations sexuelles anales sans consentement, et cette infraction devrait être assujettie aux autres dispositions du *Code criminel* qui régissent les agressions». (*Propositions de modifications*, page 45)

après la révision du projet de loi C-15). Dans l'arrêt *R. c. Larumée*, rendu le 18 juin 1991 par la Cour d'appel du Manitoba [65 C.C.C. (3d) 465], celle-ci a conclu que le paragraphe 715.1 n'a aucune valeur ni aucun effet car il constitue une dérogation déraisonnable à l'article 7 et au paragraphe 11(d) de la Charte. Selon la Cour, le paragraphe 715.1 constituerait une dérogation déraisonnable (critère de proportionnalité) à la Charte car il ne tient pas compte des critères de nécessité et de fiabilité qui sont nécessaires quand on veut apporter une nouvelle exception à la règle.

Il se peut toutefois que l'on puisse résoudre les problèmes posés par le paragraphe 715.1 en donnant au juge le pouvoir discrétionnaire d'ajouter les critères de nécessité et de fiabilité (ce qui veut dire que ces critères seraient appliqués par le juge lui-même). Il serait peut-être également possible de contrer les arguments fondés sur la Charte en rehaussant le caractère raisonnable du paragraphe, par exemple (1) en établissant un lien rationnel entre le paragraphe et son objectif (qui est d'être un outil de remémoration et non pas un mécanisme pour éviter le traumatisme), ou (2) en limitant la portée du paragraphe, de façon à ce qu'elle ne soit pas trop large mais soit limitée aux personnes qui en ont besoin (par exemple, en en limitant l'utilisation aux personnes dont le handicap limite le souvenir). Avec de telles améliorations, il se peut que les tribunaux considèrent que l'atteinte portée aux droits de l'accusé soit moins grave. Le facteur le plus important à cet égard risque d'être le critère de fiabilité, étant donné que l'objectif fondamental du contre-interrogatoire est de vérifier la crédibilité et la fiabilité des témoins.

On s'attend à ce que les conclusions de la révision du projet de loi C-15 au sujet de cette disposition ne soient pas formulées tant que la Cour suprême n'aura pas rendu sa décision dans l'affaire *Larumée*, et il faudrait adopter la même position au sujet de toute initiative visant à appliquer cette disposition aux personnes handicapées. Vous êtes cependant invités à donner votre avis sur cette question.

Il semble exister à ce sujet des obstacles de principe : des agents de police, des procureurs de la Couronne, des avocats de la défense et des juges ont exprimé des réserves au sujet de l'utilisation de témoignages sur bandes magnétoscopiques (difficultés pour réaliser les entrevues, crainte que le témoin n'ait été «entraîné», etc.).

### Les témoignages sur bandes magnétoscopiques : Question

(1) Devrait-on permettre aux personnes dont le handicap limite le souvenir de témoigner sur bande magnétoscopique?

## E. LES TÉMOIGNAGES SUR BANDES MAGNÉTOSCOPIQUES

Le paragraphe 715.1 du Code criminel dispose que :

715.1 Dans des poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 155 ou 159, aux paragraphes 160 (2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273 et qui aurait été commise à l'encontre d'un plaignant alors âgé de moins de dix-huit ans, un enregistrement magnétoscopique réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction reprochée et montrant le plaignant en train de décrire les faits à l'origine de l'accusation est admissible en preuve si le plaignant confirme dans son témoignage le contenu de l'enregistrement.

Le CCDPH recommande que l'on permette aux personnes handicapées de témoigner au moyen de bandes magnétoscopiques :

«Les preuves sur enregistrement magnétoscopique devraient être admises chaque fois qu'elles sont susceptibles d'aider le témoin. L'article 643.1 [sic. *maintenant* 715.1] a été incorporé dans le but de recevoir, à titre de preuve, une déclaration sur bande magnétoscopique comme moyen de préserver le témoignage d'un jeune. L'hypothèse selon laquelle les enfants de moins de 18 ans n'ont qu'une compréhension limitée du concept de temps rend leur témoignage particulièrement vulnérable. Le fait de préserver leur témoignage sur bande magnétoscopique peu après la survenance de l'incident en cause augmente les chances de rendre leur témoignage crédible, fiable et utile aux yeux du tribunal. Cette possibilité devrait être mise à la disposition de tous les éventuels témoins qui, pour une raison ou une autre, sont vulnérables ou connaissent mal l'appareil judiciaire». (*Propositions de modifications*, page 47)

Il convient de souligner, en ce qui concerne l'admissibilité des témoignages sur bandes magnétoscopiques, qu'il conviendrait peut-être aussi d'examiner la possibilité d'avoir recours aux témoignages experts de médecin pour décrire au juge et (ou) aux jurys les difficultés de mémorisation que peuvent connaître certaines personnes handicapées.

Sous sa forme actuelle, le paragraphe 715.1 s'appliquant aux témoignages d'enfants constitue l'une des modifications les plus importantes apportées par le projet de loi C-15 : dans les affaires d'allégations de sévices sexuels infligés aux enfants, le recours aux bandes magnétoscopiques peut faciliter la remémoration des événements et aider l'enfant à décrire les faits entourant l'infraction (ce que l'enfant risque de ne pas pouvoir faire en pleine salle d'audience).

Le paragraphe 715.1 a fait l'objet de contestations en vertu de la Constitution, et il existe des arrêts contradictoires de cours d'appel au sujet de sa constitutionnalité, d'où l'importance du futur arrêt *Larame* de la Cour suprême du Canada (R. c. D.O.L., droit d'interjeter appel accordé en février 1992; l'audience n'est pas encore prévue mais on pense qu'elle se tiendra



Le CCDPH demande que l'on envisage d'autres méthodes d'identification de l'accusé :

«Il faudrait envisager de modifier la législation dans le but de régler les problèmes inhérents à l'identification de l'accusé par une victime handicapée. Bien souvent, un agent de police ou un procureur de la Couronne décidera d'embêter la victime pour porter d'accusation parce que la victime pourrait avoir de la difficulté à identifier l'accusé normalement. D'habitude, la victime identifie visuellement l'accusé parmi d'autres suspects et confirme son identification dans une salle d'audience, lors de son témoignage. L'identification d'un accusé par une victime est un fondement de notre système judiciaire; cependant, cette règle empêche les aveugles et les personnes ayant une faible vision de participer au processus judiciaire.

Certaines questions liées à ce problème pourraient être résolues grâce à la latitude que donnent au tribunal les recommandations portant sur les changements apportés à la *Loi sur la preuve au Canada* en ce qui concerne les témoignages et le recours aux enregistrements magnétoscopiques. De plus, si la Loi autorise le tribunal à recevoir des preuves d'identification de l'accusé autrement que par les moyens habituels d'identification visuelle, notamment en permettant aux aveugles de reconnaître la voix de l'accusé parmi celles d'autres suspects, la police et les avocats devront modifier leurs méthodes actuelles d'identification». (*Propositions de modifications*, pages 48-49)

Le CCDPH demande que l'on envisage de rendre clairement admissibles les confrontations vocales de suspects, dans l'intérêt des aveugles ou des malvoyants. La question est de savoir si la police et les procureurs devraient considérer que de telles méthodes différentes d'identification sont aussi valides que les méthodes plus traditionnelles.

### L'identification de l'accusé : Questions

- (1) Toutes les juridictions se sont-elles dotées de dispositions ou de politiques reconnaissant explicitement la valeur d'autres méthodes d'identification?
- (2) La valeur d'autres méthodes d'identification devrait-elle codifiée dans le Code criminel, ou cela devrait-il se faire autrement?



du ouï-dire pourrait inclure le genre de raisonnement adopté par la Cour suprême dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire *Khan* et s'appliquer aux adultes vulnérables. Ce qui voudrait dire que les principes de nécessité et de fiabilité s'appliqueraient aux preuves qui, sinon, seraient considérés comme inadmissibles. Il se peut que le précédent constitué par l'affaire *Khan* modifie la jurisprudence et qu'il rende tout remède législatif inutile. Cette démarche a été adoptée par plusieurs États américains». (*Propositions de modifications*, page 48).

Les groupes consultés par le CCDPH ont exprimé la crainte que les procureurs de la Couronne n'aient une attitude paternaliste et n'aient un recours excessif à la règle élargie de l'ouï-dire au lieu d'encourager les plaignants handicapés à relater eux-mêmes dans la salle d'audience les événements les concernant (CCDPH, *Rapport des consultations communautaires sur le projet de réforme législatif*, page 3). Certains groupes vont jusqu'à dire que «l'on pourrait peut-être adopter en vertu de l'article 16 une règle de la meilleure preuve, en n'ayant recours qu'en dernier ressort aux dispositions de l'article 17 concernant l'ouï-dire». (CCDPH, *Rapport des consultations communautaires sur le projet de réforme législatif*, page 3).

On peut considérer que la nouvelle tendance jurisprudentielle (*Khan* et *Smith*) est susceptible d'étendre la «nouvelle» exception à la règle de l'ouï-dire aux personnes handicapées. Selon cette thèse, il ne serait pas nécessaire de procéder à une modification législative pour effectuer le changement voulu.

Un facteur important à prendre en considération pour déterminer l'admissibilité de la preuve en ouï-dire est que le juge devrait tenir compte de la nécessité de protéger les intérêts de l'accusé, d'autant plus qu'il se peut fort bien que celui-ci soit dans la plupart des cas privé du droit de contre-interroger la personne ayant effectivement assisté aux événements. Si l'on acceptait une exception quelconque à la règle de l'ouï-dire, les intérêts de l'accusé quant à la crédibilité du témoin et du témoignage en ouï-dire devraient être pris en considération par le truchement de dépositions sur la valeur à accorder au témoignage, et aussi de dépositions sur la qualité de tout autre témoignage corroborant.

### L'ouï-dire : Question

- (1) Dans certains cas spéciaux, les déclarations faites par des personnes handicapées en dehors de la salle d'audience devraient-elles être admissibles? (autrement dit, le principe de l'arrêt *Khan* peut-il être légitimement appliqué aux personnes handicapées?)

- (1) *Toutes les juridictions ont-elles adopté des dispositions garantissant la prestation d'une assistance aux témoins (autres que l'accusé) en matière de communication?*
- (2) *Le gouvernement fédéral a-t-il un rôle à jouer à cet égard?*
- (3) *L'obligation d'assurer l'accès aux personnes handicapées devrait-elle être codifiée et appliquée aux personnes souffrant de n'importe quel type de handicap? Une telle disposition devrait-elle être intégrée à la Charte, à la Loi sur la preuve au Canada, ou être appliquée d'une autre manière?*

## C. L'OUI-DIRE

Le récent arrêt de la Cour suprême du Canada *R. c. Khan* [(1990) 2 R.C.S. 531] a entraîné une «nouvelle» exception à la règle de l'oui-dire en common law. Il permet en effet d'assouplir les conditions de la règle de l'oui-dire lorsque ce sont des enfants qui témoignent, et de rendre acceptable le témoignage en oui-dire d'un enfant lorsque deux conditions générales de nécessité et de fiabilité sont respectées. Madame le juge McLachlin a souligné dans l'arrêt «la nécessité d'assouplir l'interprétation de la règle de l'oui-dire pour permettre l'admission en preuve des déclarations faites par des enfants à d'autres personnes au sujet de sévices sexuels.» [Id., page 543]. De plus, la Cour suprême a récemment eu à réitérer le principe de *Khan* dans l'arrêt *Arthur Smith c. La Reine* (le 27 août 1992).

Le CCDPH recommande quant à lui l'application statuaire de cette exception aux personnes handicapées :

«Il faudrait envisager d'établir des exceptions à la règle du oui-dire... Ces exceptions devraient être admises lorsque il n'existe aucun autre moyen d'obtenir des preuves devant les tribunaux. Ces exceptions devraient permettre d'admettre des déclarations qui, sinon, seraient jugées inadmissibles parce que faites en dehors de la salle d'audience lorsque la victime est un enfant ou lorsque la relation d'un mauvais traitement à une tierce personne constitue le seul moyen de présenter des preuves au tribunal. Grâce à ces exceptions, il serait possible de s'occuper des cas où les victimes sont dans l'impossibilité de demander de l'aide elles-mêmes au risque de subir des représailles du fait qu'elles vivent, entre autres, dans une institution.

La nécessité d'établir des exceptions à la règle du oui-dire tient compte de certaines réalités voulant que la plupart des enfants et des adultes vulnérables subissent des sévices dans des endroits retirés tels que les salles de bains, les chambres à coucher, les terrains de jeu déserts et les salles de classes vides, si bien qu'il n'existe guère de preuves tangibles de l'infraction commise. La règle



Le problème de l'aide à prêter aux témoins pour qu'ils puissent communiquer comporte deux volets importants : (1) les témoins devraient-ils être autorisés à témoigner de n'importe quelle manière ou selon n'importe quelle méthode de communication qu'ils choisissent (p. ex., langage gestuel, planche de communication Bliss, sous-titrage en temps réel)?; (2) des accommodements devraient-ils être prévus pour n'importe quel témoin qui connaît des difficultés de communication à cause d'un handicap (c.-à-d. en lui fournissant les services d'interprètes gestuels ou oraux, de facilitateurs ou d'accompagnateurs)? Autrement dit, toute forme d'aide demandée devrait-elle être automatiquement mise à la disposition des personnes handicapées pour leur permettre de témoigner en justice?

Le CCDPH considère par ailleurs qu'il serait souhaitable que les tribunaux remettent au juge (et aux jurés, s'il y a lieu) des informations sur les besoins spécifiques de tel ou tel témoin, sur les accommodements requis et sur les détails des méthodes de communication à employer. En Nouvelle-Écosse, le *Protocol for Investigation and Prosecution of Cases Involving Persons with Special Communication Needs* adopté par le procureur général le 12 avril 1991 dispose que :

«la Couronne prendra toutes les mesures raisonnables pour veiller à ce que la victime ou le témoin puisse se faire comprendre par le juge de séance (et le jury) [y compris] s'il y a lieu [...] en faisant appel à un expert pour expliquer les besoins de communication spéciaux de la victime ou du témoin». (page 6)

Cette question est reliée à une autre qui mérite aussi de retenir notre attention, l'accès physique aux palais de justice. Cette question a été évoquée par les organismes consultés par le CCDPH (*Rapport des consultations communautaires sur le projet de réforme législative*, page 4). Par exemple, il pourrait être possible de prévoir dans chaque palais de justice au moins une salle d'audience équipée d'un dispositif public facilitant l'écoute à l'intention des personnes malentendantes, par exemple d'un système de boucle à induction.

Le projet de loi C-15 a permis de relever les possibilités de communiquer et de témoigner des enfants; l'octroi aux personnes handicapées d'une assistance en matière de communication aurait le même effet. Cela pourrait être considéré comme une mesure perturbant moins les débats pour relever l'accès aux cours pénales.

L'article 14 de la Charte comporte au sujet des personnes atteintes de surdité une disposition spécifique qui pourrait être interprétée comme limitant les dispositions d'accès réclamées par les personnes souffrant d'une autre forme de handicap. Cet article devrait-il être modifié pour faire en sorte qu'il s'applique aux personnes souffrant de n'importe quel type de handicap?

Fondamentalement, les facteurs justifiant que l'on rehausse l'accès ou que l'on facilite la communication ne suscitent aucune controverse. Plusieurs juridictions ont déjà adopté des politiques de cette nature.

victimés ne soient incitées à abuser du processus. Il se pourrait par ailleurs que la défense invoque les dispositions de la Charte si l'obligation de dire la vérité était abolie (droit à un procès équitable, etc.). En résumé, il est juridiquement difficile de soutenir la thèse qui cherche à éliminer l'obligation de dire la vérité. Il reste cependant important de soulever la question. Nous demandons à la communauté des personnes handicapées de nous fournir des commentaires d'ordre juridique appuyant cette thèse.

## Le serment et la promesse de dire la vérité : Questions

- (1) *Serait-il possible d'abolir la promesse de dire la vérité dans le cas de personnes souffrant de certains types de handicaps?*
- (2) *L'exigence que le témoin ait une «intelligence suffisante» (si sa capacité est contestée) constitue-t-elle une garantie adéquate en ce qui concerne les droits de l'accusé?*
- (3) *Suffit-il qu'une personne ait la capacité de communiquer pour avoir le droit de témoigner?*

## B. L'ASSISTANCE AUX TÉMOINS EN MATIÈRE DE COMMUNICATION

Le CCDPH recommande d'améliorer l'accès des témoins handicapés aux services d'interprètes ou d'autres accompagnateurs :

«Il faudrait envisager de répondre aux besoins des personnes handicapées qui dans le cadre du processus judiciaire, doivent utiliser les services d'interprètes ou d'autres personnes. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à toutes les parties et aux témoins l'assistance d'un interprète. L'article 14 de la Charte stipule que la partie ou le témoin qui ne peuvent suivre les procédures, soit parce qu'ils ne comprennent pas ou ne parlent pas la langue employée, soit parce qu'ils sont atteints de surdité, ont droit à l'assistance d'un interprète. Les personnes qui, à cause d'autres handicaps, ont des problèmes de communication, pourraient être comprises dans cet article, s'il était plus largement défini. Cependant, la référence précise qui est faite à la «surdité» pourrait restreindre les droits des personnes souffrant d'incapacités autres que la surdité. La question de savoir comment garantir, dans tous les cas, l'accès à un interprète ou à un accompagnateur, selon le cas, et de la manière prescrite par la personne handicapée, reste sans réponse. Lorsqu'il procède à une enquête aux termes de l'article 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, un juge devrait se sentir obligé de recourir aux services d'interprètes appropriés pour vérifier si l'éventuel témoin est capable de communiquer. Il est toutefois bien entendu que c'est la cour, et non pas la personne handicapée, qui devra défrayer les interprètes». (*Propositions de modifications*, page 49)



(5) La partie qui met en question la capacité mentale d'un éventuel témoin âgé d'au moins quatorze ans doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs de douter de la capacité de ce témoin de comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle.

Selon le CCDPH, le critère fondamental devrait être uniquement l'aptitude à communiquer les faits. En conséquence, le CCDPH réclame des modifications à l'article 16 de façon à permettre à une personne handicapée de témoigner même si elle ne peut prêter serment, faire une affirmation solennelle ou promettre de dire la vérité :

«L'article 16 du projet de loi C-15, où il est précisé que l'on peut mettre en question la capacité d'un éventuel témoin en raison de son âge (s'il est âgé de moins de 14 ans) ou de sa capacité mentale, constitue une mesure discriminatoire. Cet article va à l'encontre de la présomption de la common law et perpétue la notion voulant que les enfants handicapés mentalement soient moins capables que les autres de fournir des témoignages précis et honnêtes. Le fait de considérer la capacité mentale comme un obstacle éventuel à un témoignage risque de porter gravement préjudice à une personne, comme l'a reconnu la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Swain*. Dans cette affaire récente, la Cour suprême du Canada a reconnu les préjudices subis antérieurement par des personnes qualifiées d'handicapés mentaux et a refusé toute pratique juridique visant à perpétuer ce préjudice». (*Propositions de modifications*, page 45)

L'obligation qui est faite au juge de vérifier si le témoin éventuel comprend la nature d'un serment, dans le cadre d'une démarche en deux temps (lorsque la capacité mentale est remise en question), peut être considérée comme un obstacle inutile au témoignage de certaines personnes. Il convient de souligner que l'article 16 comporte une présomption en faveur de la capacité du témoin. Suite aux modifications apportées par le truchement du projet de loi C-15, tout enfant peut témoigner sauf s'il s'agit d'un enfant incapable de communiquer les faits, à condition qu'il puisse au moins promettre de dire la vérité. Les enfants qui sont capables de communiquer les faits mais qui ne sont pas capables d'exprimer leur compréhension du concept abstrait que constitue le «devoir de dire la vérité» ont la possibilité de témoigner s'ils promettent de dire la vérité. De ce fait, la règle en matière de capacité à témoigner est la même pour les enfants que pour les adultes. La validité du témoignage de l'enfant sera alors une question de fond qui devra être décidée par le juge, et non pas une question d'admissibilité. Bien que l'article 16 permette aux enfants de s'exprimer eux-mêmes directement devant le tribunal, il a pour effet d'empêcher de témoigner l'enfant qui n'est pas capable de répondre à une question simplement formulée. La justification de l'article 16 est fondamentalement que les enfants sont capables de dire la vérité et qu'ils sont tout aussi fiables que les adultes à cet égard.

Il semble que la proposition du CCDPH visant à ne pas exiger de promesse de dire la vérité dépasse les limites établies par le projet de loi C-15. Les analystes se sont demandés s'il conviendrait d'éliminer cette exigence (l'obligation de dire la vérité) dans le cas des jeunes enfants. Ils ont conclu que certains critères fondamentaux restent nécessaires pour éviter que les

## NOUVELLES PROPOSITIONS

Lors du dépôt du projet de loi C-78, le ministre de la Justice avait convenu d'examiner les autres dispositions du *Code criminel* et de la *Loi sur la preuve au Canada* au sujet desquelles les représentants des personnes handicapées avaient attiré l'attention.

Le Ministère étudie par ailleurs d'autres solutions pour apporter des modifications positives en matière d'accès des personnes handicapées au système de justice pénale.

Les questions examinées ci-après comprennent celles identifiées par le CCDPH ainsi que celles identifiées par le ministère de la Justice. Il est prévu que le Comité parlementaire saisi du projet de loi C-15 examinera certaines de ses dispositions à l'automne de 1992. Étant donné le lien qui existe entre les dispositions du *Code criminel* en matière d'agression sexuelle et les préoccupations des personnes handicapées, cet examen du projet de loi C-15 par le Comité constituera un élément utile de la révision générale par le Ministère des dispositions concernant les personnes handicapées.

### A. LE SERMENT ET LA PROMESSE DE DIRE LA VÉRITÉ

L'article 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* dispose que :

16 (1) Avant de permettre le témoignage d'une personne âgée de moins de quatorze ans ou dont la capacité mentale est mise en question, le tribunal procède à une enquête visant à déterminer si :

a) d'une part, celle-ci comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle;

b) d'autre part, celle-ci est capable de communiquer les faits dans son témoignage.

(2) La personne visée au paragraphe (1) qui comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui est capable de communiquer les faits peut témoigner sous serment ou sous affirmation solennelle.

(3) La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut témoigner sur promesse de dire la vérité.

(4) La personne visée au paragraphe (1) qui ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui n'est pas capable de communiquer les faits dans son témoignage ne peut témoigner.

Le paragraphe 486 (2.1) faisait partie du projet de loi C-15, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1988, qui portait sur les sévices sexuels infligés aux enfants. Par le truchement de ce projet de loi, le législateur créait de nouvelles infractions concernant les sévices infligés aux enfants et adoptait des dispositions facilitant le témoignage des enfants devant les tribunaux.

En ce qui concerne tout particulièrement les enfants, le paragraphe 486 (2.1) vise à éviter que les jeunes victimes ne soient traumatisées en étant obligées de témoigner en présence de l'accusé. Dans certaines circonstances, la possibilité de témoigner derrière un écran ou à l'extérieur de la salle d'audience peut permettre à l'enfant de donner son témoignage de manière plus complète et plus spontanée (essentiellement en atténuant le facteur d'intimidation).

Cette préoccupation vaut tout autant pour les personnes handicapées qui déposent une plainte concernant une agression sexuelle et qui risquent d'être tellement traumatisées par la nécessité de témoigner, et de le faire en présence de l'accusé, que leur aptitude à témoigner risque aussi d'être gravement réduite par leur handicap.

La modification à l'article 486 (2.1) figurant dans le projet de loi C-78 autorise à recueillir derrière un écran ou à l'extérieur de la salle d'audience le témoignage d'une personne dont la déficience mentale ou physique, conjuguée au traumatisme inhérent au fait même de témoigner, lui posera des difficultés pour faire sa communication.

Voici le texte du nouveau paragraphe 486 (2.1) :

486 (2.1) Par dérogation à l'article 650, lorsqu'une personne est accusée d'une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 155 ou 159, aux paragraphes 160 (2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273 et que le plaignant est, au moment du procès ou de l'enquête préliminaire, soit âgé de moins de dix-huit ans, ou soit capable de communiquer les faits dans son témoignage tout en pouvant éprouver de la difficulté à le faire en raison d'une déficience mentale ou physique, le juge qui préside le procès ou le juge de paix peut ordonner que le plaignant témoigne à l'extérieur de la salle d'audience ou derrière un écran ou un dispositif qui permet au plaignant de ne pas voir l'accusé s'il est d'avis que cela est nécessaire pour obtenir du plaignant qu'il donne un récit complet et franc des faits sur lesquels est fondée l'accusation.



## LE PROJET DE LOI C-78 : GÉNÉRALITÉS

La première étape de la Stratégie nationale du gouvernement fut le dépôt du projet de loi C-78, *Loi modifiant certaines lois relativement aux personnes handicapées*.

Le projet de loi a été déposé à la Chambre des communes le 5 mai 1992 et, pour la première fois, le Parlement était saisi d'un texte portant exclusivement sur les préoccupations des personnes handicapées. Le projet comportait des modifications visant à améliorer la situation des personnes handicapées dans plusieurs domaines prioritaires, notamment en ce qui concerne un meilleur accès au réseau national de transport, l'acquisition de la citoyenneté, l'accès à des supports de substitution pour les documents et les renseignements personnels contrôlés par le gouvernement, un meilleur accès au processus électoral aussi bien pour les électeurs que pour les candidats handicapés, et la procédure de témoignage devant les cours pénales.

Le 4 juin 1992, des représentants de personnes handicapées ont témoigné devant le Comité permanent des droits de la personne et de la condition des personnes handicapées pour discuter du projet de loi C-78.

Le 8 juin 1992, le projet de loi est passé en deuxième et troisième lectures. Le 18 juin, il a été approuvé par le Sénat et a obtenu la Sanction royale. Le 30 juin, un décret du gouverneur en conseil proclamait l'entrée en vigueur de ses principales dispositions.

## LE PROJET DE LOI C-78 : MODIFICATION DU PARAGRAPHE 486 (2.1) DU CODE CRIMINEL

Dans le cadre de ses activités d'élaboration de politiques, le ministère de la Justice a entrepris une révision des *Propositions de modifications* du CCDPH concernant le droit pénal. Les auteurs de ce rapport attirèrent l'attention sur plusieurs dispositions du *Code criminel* et de la *Loi sur la preuve au Canada* devant être modifiées. Après l'examen de ces dispositions, il a été décidé qu'une modification du *Code criminel* pourrait être proposée à temps pour être intégrée au projet de loi C-78.

La modification proposée dans le projet de loi C-78 concerne le paragraphe 486 (2.1) du *Code criminel*, qui disposait à l'origine que, dans le cas de certaines infractions de nature sexuelle, le juge peut autoriser un plaignant ayant moins de 18 ans au moment du procès ou de l'enquête préliminaire à témoigner derrière un écran ou à l'extérieur de la salle d'audience s'il estime que cela est nécessaire pour obtenir un récit complet et franc des faits sur lesquels est fondée l'accusation.





## CONTEXTE

L'engagement du gouvernement fédéral à réformer la législation fédérale dans l'intérêt des personnes handicapées remonte à aussi loin que 1982, lors de la publication du rapport parlementaire *Obstacles*, et il a depuis lors été confirmé par diverses propositions gouvernementales (1985 - *Vers l'égalité*, et divers Discours du Trône). En juin 1990, le Comité permanent des droits de la personne et des personnes handicapées a invité le gouvernement fédéral à examiner les lois fédérales et à les modifier s'il y a lieu pour garantir la pleine participation des personnes handicapées.

Dans le Discours du Trône de mai 1991, le gouvernement fédéral prenait l'engagement d'élaborer une stratégie de cinq ans sur les problèmes des personnes handicapées. Par le truchement de la Stratégie nationale pour l'intégration des personnes handicapées (annoncée en 1991), il offrait la possibilité de prendre de nouvelles mesures coopératives, dans le cadre d'initiatives s'appliquant à l'ensemble de la structure gouvernementale, afin de permettre aux personnes handicapées de prendre la place qui leur revient de droit dans la société canadienne.

Sous la coordination du Secrétaire d'État, le ministère de la Justice et d'autres ministères et organismes fédéraux procèdent actuellement à l'examen des lois fédérales dans le but de dégauger les obstacles législatifs qui entravent la pleine intégration des personnes handicapées, et d'y remédier. Les objectifs de la Stratégie nationale sont l'égalité d'accès, l'intégration économique et la participation réelle. Un volet important des mesures adoptées dans ce contexte a été l'Autonomie 92, un congrès international assorti d'une exposition qui s'est tenu à Vancouver du 22 au 25 avril 1992 au sujet des problèmes des personnes handicapées.

Au cours de l'année écoulée, le ministère de la Justice a bénéficié pour son travail de la participation du Conseil canadien des droits des personnes handicapées (CCDPH), organisme de tutelle communautaire regroupant plus de 25 organisations locales. Conçu par des personnes handicapées dans le but de défendre leurs droits à l'égalité, le Conseil s'occupe essentiellement de questions législatives et de protection des droits des personnes handicapées. Il tire sa légitimité des groupes communautaires de tout le Canada représentant des personnes handicapées qui lui ont confié le mandat de coordonner leur participation à l'examen des lois fédérales, dans le cadre de la Stratégie nationale. Le CCDPH a publié à ce sujet un rapport intitulé *Réforme législative pour les personnes handicapées... Propositions de modifications (Phase I, 1991)*, dans lequel il exposait diverses priorités en matière de réforme législative. Au printemps de 1992, le CCDPH a entrepris une consultation nationale auprès de ses organisations membres afin de recueillir leur opinion sur les propositions. Certaines organisations ou personnes qui ont examiné les positions du CCDPH ont formulé sur plusieurs d'entre elles des opinions divergentes. Les résultats de la consultation nationale du CCDPH sont résumés dans son *Rapport des consultations communautaires sur le projet de réforme législative* (19 mars 1992).





## INTRODUCTION

Le ministère de la Justice examine actuellement les dispositions du *Code criminel* et de la *Loi sur la preuve au Canada* afin de relever l'accès des personnes handicapées au système de justice pénale.

Ce document -- préparé en tenant compte des résultats de consultations internes et de consultations préliminaires d'organisations représentant les personnes handicapées -- est destiné à exposer les vues du Ministère quant aux diverses méthodes susceptibles d'améliorer cet accès, et à solliciter vos réactions.

Suite à l'analyse préliminaire de la législation pénale, les responsables du ministère de la Justice ont identifié onze sujets à discussion méritant un examen plus attentif.

9. Devrait-on envisager un processus plus rapide ou comportant certaines limites en ce qui concerne le processus de **renvoi**, de façon à permettre à certaines affaires concernant les plaignants handicapés d'être jugées plus rapidement?
10. Devrait-on élargir la portée des dispositions actuelles du *Code criminel* concernant l'**exploitation sexuelle** afin de tenir compte des cas où des personnes handicapées risquent d'être exploitées par des personnes en position de confiance ou d'autorité à leur égard, par exemple des prestataires de soins? Les dispositions de détermination de la peine concernant cette infraction devraient-elles être modifiées?
11. Devrait-on envisager de créer une infraction distincte d'**agression sexuelle** d'une personne handicapée?
12. Devrait-on envisager une modification correspondante en matière de détermination de la peine lorsque le **crime** a été **motivé** par le fait que la personne était handicapée, ou a été perpétré sur une personne à cause de son **handicap**?

# SYNOPSIS

## Nature de la proposition

1. Le ministère de la Justice a constaté qu'il conviendrait d'examiner certaines dispositions du droit pénal afin de vérifier si les personnes handicapées peuvent avoir pleinement accès au système de justice pénale ou si des obstacles entravent encore leur pleine participation. Les dispositions dont il s'agit concernent en particulier le *Code criminel* et la *Loi sur la preuve au Canada*.

## Dominantes

2. Les dispositions actuelles de la *Loi sur la preuve au Canada* concernant le serment et la promesse de dire la vérité devraient-elles être modifiées pour en éliminer les obstacles apparents au témoignage de certaines personnes handicapées?
3. Certaines personnes handicapées peuvent avoir besoin d'une aide en matière de communication afin de pouvoir témoigner. Devrait-on envisager des dispositions permettant aux témoins de communiquer selon la méthode qui leur convient le mieux et prévoyant des accommodements pour les témoins ayant un handicap en matière de communication?
4. Devrait-on envisager une exception à la règle de common law concernant l'ouï-dire afin d'admettre le témoignage en ouï-dire d'une personne handicapée s'il s'agit d'un témoignage à la fois nécessaire et fiable?
5. Devrait-on adopter d'autres méthodes pour établir l'identité de l'accusé, et celles-ci devraient-elles être aussi acceptables que les méthodes usuelles?
6. Devrait-on offrir aux personnes handicapées la possibilité de témoigner sur bande magnétoscopique dans des circonstances semblables à celles prévues au paragraphe 715.1 du *Code criminel*?
7. Devrait-on abroger l'article 159 du *Code criminel* concernant le consentement des personnes souffrant d'une incapacité mentale, notamment le sous-alinéa 159(3)(b)(ii)?
8. Le processus actuel de sélection des jurés permet-il par inadvertance de faire preuve de discrimination à l'égard d'un candidat juré à cause de son handicap et, dans l'affirmative, devrait-on y apporter des correctifs?





TABLE DES MATIÈRES

SYNOPSIS	v
INTRODUCTION	vii
CONTEXTE	ix
LE PROJET DE LOI C-78 : GÉNÉRALITÉS	1
LE PROJET DE LOI C-78 : MODIFICATION AU PARAGRAPHE 486 (2.1) DU CODE CRIMINEL	1
NOUVELLES PROPOSITIONS	3
A. LE SERMENT ET LA PROMESSE DE DIRE LA VÉRITÉ	3
B. L'ASSISTANCE AUX TÉMOINS EN MATIÈRE DE COMMUNICATION	5
C. L'OUI-DIRE	7
D. L'IDENTIFICATION DE L'ACCUSÉ	9
E. LES TÉMOIGNAGES SUR BANDES MAGNÉTOSCOPIQUES	10
F. LES RELATIONS SEXUELLES ANALES	12
G. L'APTITUDE DES JURÉS	13
H. LES RENVOIS	16
I. L'EXPLOITATION SEXUELLE	16
J. L'AGRESSION SEXUELLE	19
K. LES INFRACTIONS AVEC CIRCONSTANCES AGGRAVANTES	21



Publié en vertu de l'autorisation du ministre  
de la Justice et procureur général du Canada  
Gouvernement du Canada

par la  
Direction des communications  
et de la consultation  
Ministère de la Justice du Canada  
Ottawa (Ontario)  
K1A 0H8

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1993  
Imprimé au Canada  
N° de cat. J2-122/1993  
ISBN: 0-662-59774-5

Le présent document est également publié sur bande sonore et en gros caractères

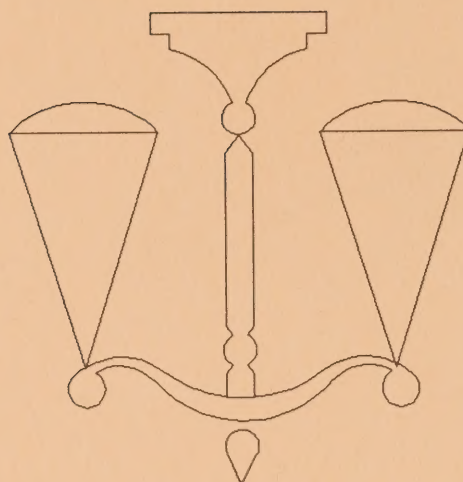


Mai 1993

DOCUMENT DE CONSULTATION

**MODIFICATIONS AU CODE CRIMINEL ET À LA  
LOI SUR LA PREUVE AU CANADA  
CONCERNANT LES PERSONNES HANDICAPÉES**





DOCUMENT DE CONSULTATION

**MODIFICATIONS AU CODE CRIMINEL ET À  
LA LOI SUR LA PREUVE AU CANADA  
CONCERNANT LES PERSONNES HANDICAPÉES**